

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.677/17/3ª Rito: Sumário

PTA/AI: 01.000714763-91

Impugnação: 40.010143864-88 (Coob.), 40.010143862-24 (Coob.),
40.010143861-43 (Coob.), 40.010143863-05 (Coob.)

Impugnante: Carlos Augusto Costa Neves (Coob.)
CPF: 065.271.716-09
Fábio Machado Silva (Coob.)
CPF: 063.103.376-96
FCBF Intermediação de Negócios Ltda - ME (Coob.)
CNPJ: 24.396674/0001-15
Leonardo Mascia Marquez (Coob.)
CPF: 041.691.336-92

Autuada: Luciene do Nascimento Souza - ME
IE: 002664809.00-90

Coobrigado: Luciene do Nascimento Souza
CPF: 595.040.726-15

Proc. S. Passivo: Alessandro Alberto Pereira/Outro(s), Denise Cristina
Costa/Outro(s)

Origem: DF/Uberlândia

EMENTA

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA – SUJEITO PASSIVO - CORRETA A ELEIÇÃO. Restou comprovado que os atos e omissões dos Coobrigados concorreram para o não recolhimento do imposto e acréscimos legais devidos pela Contribuinte. Legítima, portanto, a manutenção dos Coobrigados no polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 124, inciso II do CTN c/c art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

MERCADORIA - SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização, no Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – PGDASN e na DAPI, com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII do RICMS/02. Infração caracterizada. Corretas as exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa

Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º do citado artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Lançamento procedente. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/11/15 a 31/01/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o § 2º do mesmo artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

De acordo com o Relatório Fiscal, a empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda e seus sócios-administradores, Fábio Machado Silva, Leonardo Mascia Marquez e Carlos Augusto Costa Neves, foram incluídos, como Coobrigados, no polo passivo da presente obrigação tributária, por serem solidariamente responsáveis, conforme art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

A sócia-administradora da Autuada, Luciene do Nascimento Souza, também foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigada, por concorrer ao não cumprimento das obrigações relativas ao ICMS e considerando que a responsabilidade do sócio-administrador é ilimitada, visto se tratar de empresário individual – Natureza Jurídica: 213, nos termos do art. 966 do Código Civil (Lei nº 10.406/02) c/c art. 789 do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/15).

Inconformados, os Coobrigados FCBF Intermediação de Negócios Ltda, Fábio Machado Silva e Leonardo Mascia Marquez apresentam em conjunto, tempestivamente e por procurador regularmente constituído, Impugnação às fls. 82/108, anexando documentos às fls. 109/314.

Da mesma forma, o Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves apresenta Impugnação às fls. 315/336.

Registra-se que não houve apresentação de impugnação pela Autuada e sua sócia-administradora Luciene do Nascimento Souza.

A Fiscalização manifesta-se às fls. 359/377, requerendo a procedência do lançamento.

Em sessão realizada em 13/09/17, acorda a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em retirar o processo de pauta, marcando-se extrapauta para o dia 20/09/17.

DECISÃO

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Inicialmente, cumpre registrar que as preliminares de nulidade arguidas pelos Impugnantes se confundem com a matéria meritória, portanto, serão analisadas mais adiante.

Conforme relatado, a autuação versa sobre saídas de mercadorias desacobertas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pela Autuada à Fiscalização (Extrato do Simples Nacional e DAPI) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, recolhendo, em consequência, ICMS a menor, no período de 01/11/15 a 31/01/17.

Exige-se ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c o § 2º do mesmo artigo, ambos da Lei nº 6.763/75.

Cumpre registrar que a Fiscalização, tendo em vista os indícios de saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, emitiu o Auto de Início de Ação Fiscal (AIAF) nº 10.000021674-57, anexado às fls. 02, para exame do cumprimento das obrigações tributárias no período de 01/01/15 a 31/01/17.

A partir da operação “*Não Tem Preço*”, desencadeada em conjunto pelo Ministério Público de Minas Gerais – MP/MG e pela Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais - SEF/MG, foram efetuadas Buscas e Apreensões, determinadas pelo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal do Tribunal de Justiça de Uberlândia – MG em Primeiro Grau, no imóvel situado à Av. Afrânio Rodrigues da Cunha, nº 618, Bairro Tabajaras, de acordo com o Mandado de Busca e Apreensão constante da mídia eletrônica (CD) de fls. 70.

No endereço citado, foram encontradas diversas empresas de intermediação de negócios comerciais, inclusive a empresa Coobrigada FCBF Intermediação de Negócios Ltda.

Do resultado dessa diligência, houve a colheita de documentos e arquivos digitais, conforme Auto de Copiagem e Autenticação de Arquivos Digitais e Auto de Apreensão e Depósito nº 008575, anexados no mesmo CD de fls. 70.

Em suma, os documentos e relatórios financeiros apreendidos na empresa FCBF demonstram que a Coobrigada, sócia-administradora da Autuada, firmou Contrato de Locação de máquinas de cartão de crédito/débito com a FCBF, para utilização na empresa autuada, no intuito de ludibriar o Fisco e ocultar o seu faturamento real.

Assim, a Fiscalização constatou que, no período de novembro de 2015 a janeiro de 2017, a Autuada omitiu receitas, deixando de recolher o ICMS devido nas saídas de mercadorias desacobertas de documento fiscal, apuradas mediante o confronto entre as vendas realizadas com a máquina de cartão de crédito/débito, da própria empresa e de terceiro (planilhas “DETALHAMENTO REG 65” e “LUCIENE” inseridas no CD de fls. 70), e os valores constantes dos Extratos do Simples Nacional e DAPI (fls. 32/65), conforme planilhas de fls. 15/17.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Em Consulta ao SIARE, fls. 66/69, verifica-se que o CNAE Principal da Autuada é “Comércio varejista de artigos de vestuário e acessórios”, enquanto o CNAE Secundário é o “Comércio Varejista de Calçados”.

Observa-se que, às fls. 19/20, 24/25, 27/28 e 30/31, foram acostados pela Fiscalização documentos de Autorização de Pagamento Nominal à diversos procuradores da Autuada, referentes às vendas efetuadas com as máquinas de cartão da FCBF.

Há também, às fls. 18, o formulário de cadastro da Autuada na FCBF, datado de 11/11/15, e, ainda, às fls. 21, um Requerimento de Rescisão e Termo de Entrega de Equipamento, em que, no formulário padrão, constam as 4 (quatro) empresas do grupo econômico das operações de “subadquirência” de maquinas de cartão.

De acordo com o Relatório Fiscal, a empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda e seus sócios, Fábio Machado Silva, Leonardo Mascia Marquez e Carlos Augusto Costa Neves, foram incluídos, como Coobrigados, no polo passivo da presente obrigação tributária, por serem solidariamente responsáveis, conforme art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75.

A sócia-administradora da Autuada, Luciene do Nascimento Souza, também foi incluída no polo passivo da obrigação tributária, na condição de Coobrigada, por concorrer ao não cumprimento das obrigações relativas ao ICMS e considerando que a responsabilidade do sócio-administrador é ilimitada, visto se tratar de empresário individual – Natureza Jurídica: 213, nos termos do art. 966 do Código Civil (Lei nº 10.406/02) c/c art. 789 do Código de Processo Civil em vigor (Lei nº 13.105/15).

Na peça de defesa da empresa FCBF e seus sócios-administradores (Coobrigados), os Impugnantes explicam que a FCBF é uma empresa que intermedeia a locação de equipamentos para realizar pagamentos por cartões de crédito e débito.

Afirmam que referido negócio jurídico estaria respaldado em contrato particular firmado entre a FCBF Intermediação de Negócios Ltda e os seus clientes.

Informam que, em periodicidade ajustada, os clientes comparecem à sede da FCBF para receber o numerário referente à venda de suas mercadorias, destacando que as empresas Adquirentes CIELO, REDE, etc. repassam os valores à FCBF, a qual os repassa aos clientes por intermediação.

Salientam que a Autuada possui meios de pagamento próprios e também meios de pagamento que lhe eram fornecidos pela empresa Coobrigada, no que atine às máquinas de cartão, sendo que o presente crédito tributário abrange ambos.

Asseveram que a FCBF Intermediação de Negócios Ltda, como Subadquirente, é facilitadora do comércio de pequenas empresas, diminuindo as burocracias referentes aos pagamentos, inclusive com multiplicidade de opções, como, por exemplo, o *gateway* para o *e-commerce*, cujas facilidades e opções de pagamento teriam o condão de aumentar a lucratividade dos pequenos negócios.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Alegam que essa atividade de cessão de meios de pagamento é lícita, logo, se porventura a Autuada não recolheu e escriturou os impostos devidos de suas operações, não podem a Coobrigada e seus sócios responderem por isso.

No tocante à inclusão dos sócios no polo passivo da obrigação tributária, sustentam que não houve comprovação de excesso de poderes ou de infração à lei ou ao estatuto social da empresa pelos sócios-administradores.

Além disso, alegam que a capitulação do art. 21, inciso XII da Lei nº 6.763/75, a qual exige que “*os seus atos ou omissões concorram para o não-recolhimento de tributo pelos contribuintes*”, não foi realizado pela FCBF e seus sócios, pois tão somente disponibilizaram meios de pagamento, em virtude de negócio jurídico lícito que celebraram.

Os Impugnantes ainda tentam demonstrar que, se a Coobrigada foi responsabilizada, as administradoras de cartão também deveriam ser, pois foi do equipamento delas que foi constatada a omissão de receitas, oriunda das vendas desacobertadas de documentos fiscais.

Alegam que não houve atitude de colaboração da empresa Coobrigada com a Autuada para que sonegasse impostos e somente por intermédio dessa colaboração é que se poderia incluí-la no polo passivo.

Sustentam que não têm acesso à escrituração contábil e fiscal de seus clientes. Pedem, portanto, a exclusão dos Impugnantes do polo passivo da relação jurídico-tributária.

Noutro item, os Impugnantes entendem que o Fisco não se desincumbiu do seu ônus probatório de comprovar a vinculação da hipótese de incidência tributária dos autos com as ações da FCBF e de seus sócios. Desse modo, a Fiscalização estaria agindo por presunções.

Sustentam que, a partir de 10/04/14, o sócio-gerente passou a ser o Sr. Carlos Augusto Costa Neves e que assim ficou até o dia 25/02/15. Dessa data em diante, foi incluído, também como sócio-gerente, o Sr. Fábio Machado.

Dessa forma, requerem a exclusão da responsabilidade do Sr. Leonardo Mascia Marquez, ao argumento de que ele nunca foi sócio-gerente e nem mesmo administrador da empresa FCBF Intermediação de Negócios Ltda.

No que tange à multa isolada aplicada, os Impugnantes sustentam que não foi observada a parte final do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, a qual permite a redução da multa isolada, quando a apuração fiscal se calcar, exclusivamente, nos documentos e nos lançamentos efetuados na escrita fiscal do contribuinte.

Além disso, asseveram que o § 2º do mesmo art. 55 também não foi observado, pois existe o limite de duas vezes e meia do valor do imposto incidente na operação. Dessa forma, pedem o recálculo da multa isolada.

Compõem essa peça de defesa o Contrato Social da FCBF, de fls. 111/113, os relatórios de operações da CLC Intermediação de Negócios Ltda por período, de fls.

121/165, e as notas fiscais de recolhimento do ISS municipal, de fls. 166/314, em nome das empresas do grupo econômico, devido à comissão de intermediação.

Já a impugnação apresentada pelo Coobrigado Carlos Augusto Costa Neves reitera os pontos abarcados na impugnação anteriormente relatada, acrescentando a alegação de que o mero inadimplemento de tributo não gera a consequência legal da responsabilização tributária do sócio-administrador, visto que não se enquadra na hipótese de infração à lei.

Noutro giro, o Impugnante sustenta que saiu de fato da empresa em 25 de fevereiro de 2016, passando a sociedade FCBF Intermediação de Negócios Ltda a ser gerida pelos sócios Leonardo Mascia Marquez e Fábio Machado Silva, contudo, sem acostar quaisquer documentos que possam comprovar o alegado.

Também defende a regularidade do negócio jurídico praticado pela FCBF e, ainda, cita outras empresas Subadquirentes que atuam no mercado, tais como, v.g., a PayPal, Mercado Pago, entre outras.

Aduz que existe o Parecer Jurídico nº 267/2015-BCB/PGBC, o qual chancela esse tipo de atividade financeira pelo Banco Central.

Entende que a obrigação do lançamento fiscal persiste com a Autuada, pois a FCBF apenas intermedeia a transação comercial, auferindo apenas um pequeno desconto do valor da operação efetuada via cartão.

Frisa que recolhe o ISS municipal pelas suas atividades de intermediação de transação comercial, logo, não poderia também ter que escriturar o ICMS das operações comerciais de seus clientes.

Aduz, ainda, questões constitucionais acerca da multa isolada, como o princípio do não-confisco, o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, pedindo, assim, a sua redução.

Observa-se que todos os Impugnantes alegam que o procedimento fiscal de apuração de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal com base em dados extrafiscais, obtidos junto à administradora de cartão de crédito e/ou débito, não passam de meros indícios, presunções, sendo, portanto, insubsistente.

Todavia, razão não lhes assiste, conforme se verá.

O procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ressalta-se que as informações prestadas pela administradora de cartão de crédito e/ou débito, em relação às máquinas de cartão próprias e de terceiro, são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Vale reiterar que as vendas não levadas à tributação foram apuradas pelo cotejo das vendas com cartão de crédito e/ou débito (conforme informação da administradora dos cartões) com vendas informadas pela Contribuinte, estando o cálculo demonstrado na planilha de fls. 15/17.

Desse modo, não assiste razão aos Impugnantes quando alegam que o procedimento fiscal se baseou em provas insuficientes ou presunções.

Há que destacar as disposições da legislação tributária mineira sobre a base de cálculo do imposto, notadamente o disposto no art. 43, inciso IV do RICMS/02:

Art. 43 - Ressalvado o disposto no artigo seguinte e em outras hipóteses previstas neste Regulamento e no Anexo IV, a base de cálculo do imposto é:

(...)

IV - na saída de mercadoria, a qualquer título, de estabelecimento de contribuinte, ainda que em transferência para outro estabelecimento do mesmo titular:

a) ressalvada a hipótese prevista na alínea seguinte, o valor da operação ou, na sua falta:

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Portanto, a falta de cumprimento das obrigações tributárias e fiscais sujeita o contribuinte ao pagamento do imposto e demais acréscimos legais, previstos na legislação, devendo ser utilizada a alíquota aplicável ao ramo de suas atividades, como foi aplicado.

Cumpre salientar que, independentemente de a Autuada estar ou não cadastrada no Simples Nacional, na hipótese de saída de mercadoria sem emissão de documentos fiscais, a apuração do imposto se faz fora do regime especial de tributação, nos termos do disposto no art. 13, § 1º, inciso XIII, alínea "f" da Lei Complementar nº 123/06, que assim prescreve:

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO.(APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Cita-se, ainda, outras decisões mais recentes desse mesmo tribunal, no mesmo sentido: Agravo de Instrumento-Cv nº 1.0000.16.054888-9/001, Relatora Des.(a) Heloisa Combat, Data da Publicação 16/11/16; TJMG, 6ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.13.414531-7/001, Relator Des. Claret de Moraes (JD Convocado), Acórdão de 12/04/16, publicação de 20/04/16 e TJMG, 8ª Câmara Cível, Apelação nº 1.0024.12.259177-9/003, Relatora Desª. Teresa Cristina da Cunha Peixoto, Acórdão de 28/04/16, publicação de 06/05/16.

No que tange à ilicitude do objeto do negócio comercial da “subadquirência” das máquinas de cartão de crédito/débito por empresa interposta, a Manifestação Fiscal de fls. 359/377 é muito elucidativa, pelo que integra os fundamentos exarados neste Acórdão, com pequenas modificações.

Primeiramente, a Fiscalização esclarece que este trabalho fiscal é fruto da operação “*Não tem preço*”, em que o MP/MG e a SEF/MG, após várias denúncias, passaram a investigar a intermediação de transações comerciais por um grupo econômico de empresas, dentre elas a FCBF (Coobrigada), que sublocam máquinas de cartão de crédito/débito, anteriormente locadas em seus nomes, para terceiras empresas, para que estas possam comercializar suas mercadorias, sem que os valores obtidos sobre as vendas realizadas nesses equipamentos passassem pelas contas bancárias, com o intuito de ocultar o faturamento real de suas clientes e de ludibriar o Fisco mineiro.

Assim, a receita oriunda dessas operações comerciais passava pela conta bancária das 4 (quatro) empresas do grupo econômico (CLC, FCBF, FCN e CTIME), todas geridas de modo a se evitar a identificação do numerário pertencente a cada cliente.

Conforme se pode observar nas telas constantes às fls. 362/363, os Srs. Fábio Machado Silva e Carlos Augusto Costa Neves eram os sócios das empresas do referido grupo econômico que figuravam junto à Receita Federal, porém, em declaração ao MP/MG, evidenciou-se que o Sr. Leonardo Mascia Marquez era sócio oculto desse grupo de empresas (fls. 70 - CD – arquivo “Declarações dos Sócios das Empresas”).

No que se relaciona à inclusão da FCBF e de seus sócios no polo passivo, devido ao art. 21, inciso XII, da Lei nº 6.763/75, registra-se que a empresa FCBF locava junto à CIELO, REDE, entre outras, máquinas de cartões e, posteriormente, as sublocava à Autuada, para que pudesse comercializar suas mercadorias.

Dessa forma, todos os comprovantes de venda seriam emitidos em nome da FCBF, não obstante ser a Autuada quem realmente estava praticando as operações de venda.

Esse ato por si só obstaculiza e dificulta a Fiscalização, facilitando, por conseguinte, a sonegação fiscal das clientes da empresa Coobrigada, já que essas

vendas estariam diluídas nas contas bancárias das 4 (quatro) empresas do grupo econômico estabelecidas, sucessivamente, na mesma sede física, em Uberlândia/MG.

É relevante destacar que o contrato de locação de máquinas de cartão firmado entre a FCBF e a CIELO, REDE, e demais Adquirentes de meios de pagamento, contém cláusula específica que veda a sublocação, transferência ou alienação, total ou parcial, dos equipamentos de propriedade da locatária.

A Fiscalização explica que as empresas Adquirentes são agentes operadores do sistema de pagamento dos cartões de crédito e fazem a comunicação entre o banco emissor e as bandeiras das administradoras de cartão. Para se relacionar com as empresas Adquirentes (CIELO, REDE, etc), é preciso fazer um cadastro com a empresa bem como seguir suas normas.

Lado outro, a ligação entre o *e-commerce* e o banco, sem intermediários, deixa o lojista vulnerável às fraudes comerciais, portanto, é natural buscar soluções e uma segurança para suas operações de vendas. Aqui se posiciona o Subadquirente, que relaciona os Adquirentes, clientes e lojistas.

A Fiscalização destaca que, em média, o Subadquirente custa de 5% (cinco por cento) a 7% (sete por cento) sobre as vendas no Brasil e que, para o lojista, o custo é maior, pois deverá embutir, no preço de venda, as tarifas de cobrança por transação das Subadquirentes.

Já o *gateway*, que seria agente de alta performance e é utilizado em projetos grandes, processa o pagamento online e faz a ligação entre vendedor e Adquirente das mercadorias, que estão situados distantes, geograficamente, um do outro. Isso assegura o recebimento da mercadoria pelo Adquirente e, após esse fato, a liberação da quantia depositada no *gateway* ao vendedor. Os *gateways* cobram pelo número de operações.

Observa-se que a prática da empresa FCBF não se coaduna com o conceito e fluxograma de Subadquirente exposto pela Fiscalização às fls. 368/371, pois as empresas Subadquirentes, por exemplo o Mercado Pago, em momento algum, locam e sublocam os POS dos Adquirentes para repassar a outras empresas, primeiro, porque a sublocação ou cessão desses equipamentos é vedado em contrato pelos Adquirentes e, segundo, porque a transação de Intermediação de pagamento é realizada pela Subadquirente totalmente via Internet.

A segurança da operação existe, porque a liberação do numerário pago pelo Adquirente ocorre tão somente após o recebimento da mercadoria, o que evita o pagamento, sem o posterior envio do produto negociado. E, aqui, não existe sublocação de equipamentos de cartão de crédito para mascarar o faturamento real da vendedora.

Considerando que houve a prática acintosa de sonegação fiscal, mediante o artifício da sublocação de máquinas de cartões de crédito pela FCBF, o que não se ajusta à atividade das Subadquirentes permitidas pelo Banco Central do Brasil, em regulação da atividade financeira, não se pode considerar, como lícito, o negócio jurídico desenvolvido pela FCBF.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

A Autuada, ao aderir ao esquema criminoso arquitetado pela FCBF, tinha perfeita noção de que cometia ilícito, devido à facilitação do escamoteamento de seu faturamento real da Fiscalização.

Destaca-se, ainda, que, ao contrário do alegado pelo Impugnante, não foi o simples inadimplemento da obrigação tributária que caracterizou a infração à lei, para o efeito de extensão da responsabilidade tributária aos referidos Coobrigados, e sim a ação ou omissão que causou prejuízo à Fazenda Pública mineira, quando a Autuada, em conluio com os Coobrigados, cometeu as irregularidades de dar saída de mercadorias desacobertada de documentação fiscal, conseqüentemente sem o pagamento do imposto devido.

Assim, resta clara a gestão fraudulenta dos Coobrigados com intuito de lesar o Erário Estadual.

Com relação à limitação da responsabilidade tributária dos sócios administradores da empresa Coobrigada ao período efetivo, em que eles atuaram na gestão dos negócios comerciais, não é possível extrair, neste Processo Tributário Administrativo (PTA), as alterações contratuais aditadas ao contrato social da FCBF, constando apenas o contrato social de fls. 110/113, no qual figura o sócio Fábio Machado Silva, na gestão da empresa.

Em virtude da falta de comprovação pelos Coobrigados do período em que atuaram como gestores da FCBF Intermediação de Negócios Ltda, deve prevalecer o lançamento fiscal do Auto de Infração e a manutenção de todos os sócios-administradores da FCBF no polo passivo da relação jurídico-tributária.

Relativamente à Multa Isolada prevista no inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75, exigida ao percentual de 40% (quarenta por cento) sobre o valor das operações de vendas sem notas fiscais de saída, postulam os Impugnantes pela aplicação da redução prevista na alínea "a" do citado dispositivo, ao argumento de que a Fiscalização apurou todo o crédito tributário com as declarações da própria Contribuinte.

O dispositivo em questão prevê:

Lei nº 6.763/75

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

(...)

II - por dar saída a mercadoria, entregá-la, transportá-la, recebê-la, tê-la em estoque ou depósito desacobertada de documento fiscal, salvo na hipótese do art. 40 desta Lei - 40% (quarenta por cento) do valor da operação, reduzindo-se a 20% (vinte por cento) nos seguintes casos:

a) quando as infrações a que se refere este inciso forem apuradas pelo Fisco, com base exclusivamente em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte;

b) quando se tratar de falta de emissão de nota fiscal de entrada, desde que a saída do estabelecimento remetente esteja acobertada por nota fiscal correspondente à mercadoria;

(...)

Entretanto, em que pese os dados apresentados pela administradora de cartão de crédito e/ou débito serem considerados documentos fiscais, sem razão a Defesa, uma vez que o redutor previsto na alínea “a” do inciso II do art. 55 da Lei nº 6.763/75 somente se aplica quando a apuração do crédito tributário ocorrer com base, exclusivamente, em documentos e nos lançamentos efetuados na escrita comercial ou fiscal do contribuinte, o que não ocorreu no presente caso.

Para agravar a situação, a Fiscalização ainda se apoiou nos documentos fiscais expedidos pelas administradoras das máquinas de cartão vinculadas à empresa interposta, que as sublocou.

Assim, verifica-se que restou caracterizada a infringência à legislação tributária, sendo, por conseguinte, legítimas as exigências constantes do Auto de Infração em comento.

Ressalta-se que a Fiscalização respeitou o limitador previsto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, vigente à época dos fatos geradores, não havendo a necessidade de aplicá-lo, uma vez que a multa exigida não ultrapassou o limite de duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação. Veja-se o que dispunha a legislação:

Efeitos de 1º/01/2012 a 30/06/2017 - Redação dada pelo art. 8º e vigência estabelecida pelo art. 17, ambos da Lei nº 19.978, de 28/12/2011:

“§ 2º Nas hipóteses dos incisos II, IV, XVI e XXIX do caput, observado, no que couber, o disposto no § 3º deste artigo, a multa fica limitada a duas vezes e meia o valor do imposto incidente na operação ou prestação, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação, inclusive quando amparada por isenção ou não incidência.”

(grifou-se)

Convém mencionar, por oportuno, que a Lei nº 22.549, de 30 de junho de 2017 (MG de 01/07/17), em seu art. 56, alterou a redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, nos seguintes termos:

Lei nº 22.549/17

(Vigência a partir de 01/07/17)

Art. 56 - O caput do inciso I e os incisos XXVI, XXXIV e XXXVII do caput do art. 55 da Lei nº 6.763, de 1975, e os §§ 2º e 5º do mesmo artigo passam a vigorar com a seguinte redação, e fica acrescentado ao caput do artigo o inciso XLVI a seguir:

Art. 55 - (...)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

§ 2º - As multas previstas neste artigo:

I - ficam limitadas a duas vezes o valor do imposto incidente na operação ou prestação, exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação;

II - em se tratando de operação ou prestação amparada por isenção, não incidência, diferimento ou suspensão do imposto ou sujeita à tributação com alíquota ou redução de base de cálculo que resulte em carga tributária inferior a 7% (sete por cento), não poderão ser inferiores a 15% (quinze por cento) do valor da operação ou da prestação.

(...)

(grifou-se)

Verifica-se que a nova redação do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 passou a prever limites máximo (inciso I) e mínimo (inciso II) para todas as penalidades capituladas no art. 55 da citada lei, **exceto nos casos de dolo, fraude ou simulação.**

Dessa forma, nos termos do disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, a seguir reproduzido, caberá a análise da adequação do *quantum* exigido da referida penalidade, observados os requisitos para tal mister:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

(...)

Considerando que a alíquota do imposto incidente na operação/prestação foi de 18% (dezoito por cento) e que a penalidade isolada é de 40% (quarenta por cento) do valor da operação (inciso II do art. 55), verifica-se que a multa isolada foi exigida em valor superior ao limite máximo de duas vezes o valor do imposto incidente (limite máximo das penalidades previstas no art. 55, da Lei nº 6.763/75, conforme novel § 2º do referido artigo).

Contudo, não é o caso de se aplicar a retroação benigna prevista no art. 106, inciso II, alínea “c” do CTN, uma vez que a infração praticada configura-se hipótese de dolo.

Importante repisar que o lançamento refere-se a saída de mercadoria desacobertada de documento fiscal.

Destarte, reputam-se caracterizados os elementos informadores do dolo, a saber, o elemento intelectual ou cognitivo (consciência da ilicitude da conduta), bem

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

assim a vontade de produzir o resultado, derivando daí a inaplicabilidade, *in casu*, do limitador legal da multa isolada, atualmente vigente.

Quanto às assertivas de ilegalidade e inconstitucionalidade trazidas pela Defesa, inclusive quanto ao pretense efeito confiscatório da multa, cumpre registrar que não cabe ao Conselho de Contribuintes negar aplicação a dispositivos de lei, por força de sua limitação de competência constante do art. 182 da Lei nº 6.763/75 (e art. 110, inciso I do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA), *in verbis*:

Art. 182. Não se incluem na competência do órgão julgador:

I - a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de ato normativo, inclusive em relação à consulta a que for atribuído este efeito pelo Secretário de Estado de Fazenda, nos termos do § 2º do art. 146;

(...)

Com relação ao princípio do não confisco, assim foi o voto da Ministra Carmen Lúcia em decisão do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

AO EXAMINAR O CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS, O TRIBUNAL DE ORIGEM DECIDIU, NO CASO ESPECÍFICO, QUE A MULTA DE REVALIDAÇÃO NÃO AFRONTA O PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO: “NO QUE SE REFERE À MULTA DE REVALIDAÇÃO, PREVISTA NO ART. 56, II, E § 2º, I, DA LEI ESTADUAL Nº 6763/75, RELATIVA AO RECOLHIMENTO INTEMPESTIVO DO TRIBUTO (NATUREZA MORATÓRIA), ENTENDO QUE O PERCENTUAL FINAL DE 100% (CEM POR CENTO) NÃO DEVE SER ALTERADO, POSTO QUE NÃO DEMONSTROU POTENCIAL CONFISCATÓRIO. (...) OBSERVE-SE QUE A REDUÇÃO MENCIONADA SOMENTE SERIA POSSÍVEL NAS HIPÓTESES DESCRITAS NOS INCISOS I A IV DO § 9º DO ARTIGO 53, O QUE NÃO RESTOU VERIFICADO NOS PRESENTES AUTOS” (FLS. 819-820). DE MAIS A MAIS, OBSERVANDO OS VALORES CONSTANTES DA EXECUÇÃO FISCAL EM APENSO, CONCLUO QUE A COBRANÇA DA MULTA ISOLADA EM PERCENTUAL LEGALMENTE PREVISTO, CONQUANTO ELEVADA NÃO TEM O CONDÃO DE ULTRAPASSAR O LIMITE DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DESESTABILIZAR O PRÓPRIO NEGÓCIO COMERCIAL OU COMPROMETER O PATRIMÔNIO DA EMPRESA AUTORA, NÃO RESTANDO CONFIGURADO O CONFISCO A AUTORIZAR A EXCEPCIONAL REDUÇÃO DA PENALIDADE (...). AG .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 823.886 MINAS GERAIS DE 07/04/2015.

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pelos Impugnantes não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante do exposto, ACORDA a 3ª Câmara de Julgamento do CC/MG, à unanimidade, em julgar procedente o lançamento. Participaram do julgamento, além dos signatários, os Conselheiros Luiz Geraldo de Oliveira (Revisor) e Geraldo da Silva Datas.

Sala das Sessões, 20 de setembro de 2017.

Luciana Mundim de Mattos Paixão
Presidente

Erick de Paula Carmo
Relator

R

CC/MG